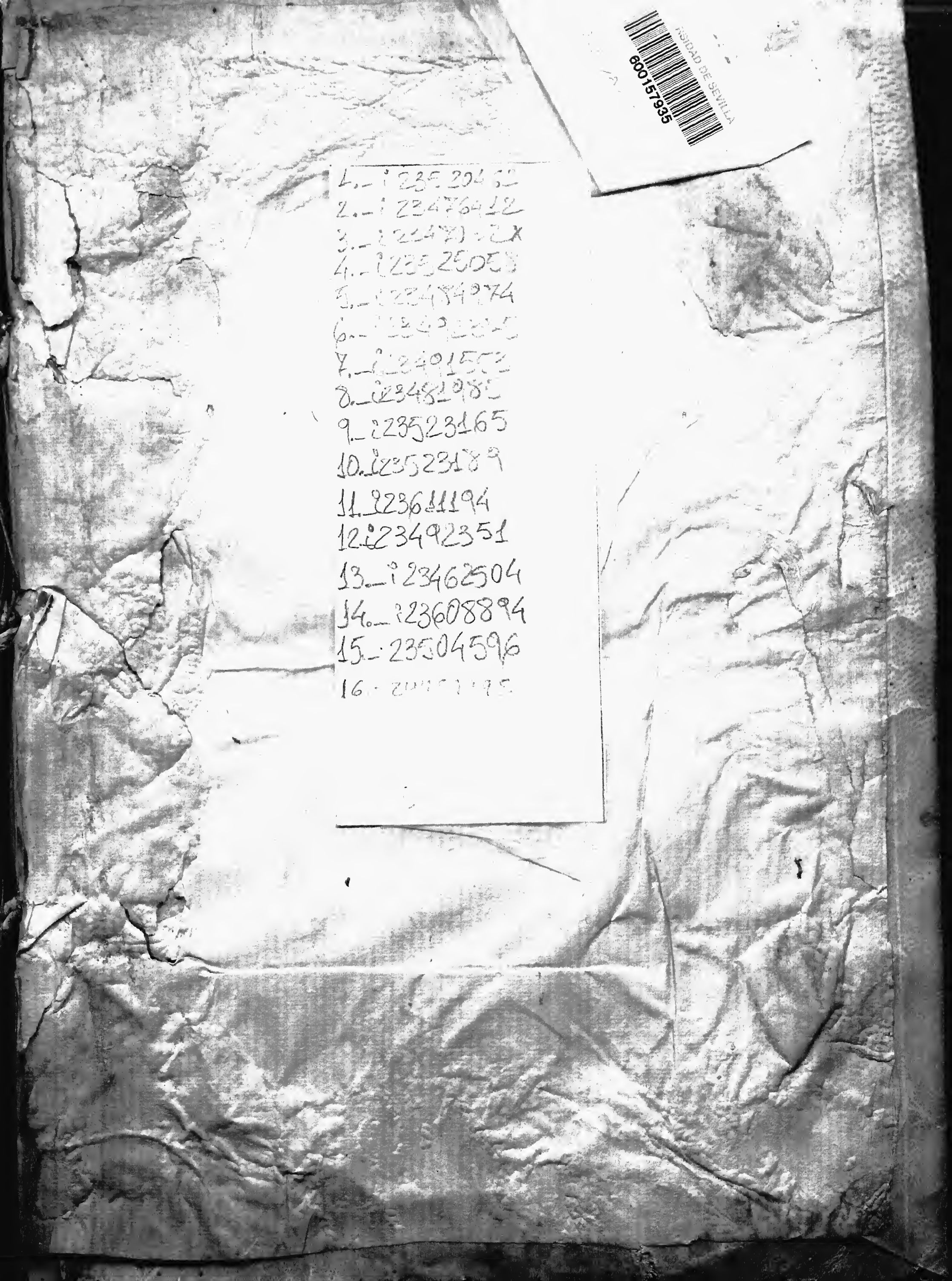

RSIDAD DE SEVILLA
600157935
2.- i23476412
9.- i23523165
10. i23523189
11. i23611194
12. i23492351
13.- i23462504
14.- i23608894
15.- 23504596



1 EL CAPITAN DIEGO Sanchez Duran, dueño, y Maestre del Navio nombrado N. Señora de la Encarnacion, y S. Francisco Xavier, que vltimamente llegò à estos Reynos de la Provincia de Nueva-España en conserva de la Capitana de Barlovento, hizo conocimiento de dos tercios de grana fina, y vn caxon de regalos à entregar à Don Lope Toùs de Monsalve, Cavallero del Orden de Santiago, y à D. Juan Eusevio Garcia Negrete, cuyos eran, y à quien pertenecian, y por cuya quenta, y riesgo venian, pagandole el flete, y en la forma ordinaria, su fecha en San Juan de Vlua en 11. de Octubre de 1704.

2. Este Navio venia indultado en cierta cantidad por contrato, que el Consulado celebrò con su Magestad; y aviendo llegado à Sanlucar se diò orden à el señor Don Pablo Rubio de Sotomayor, Juez Oficial de la Real Casa de la Contratacion, en carta que escriviò Don Manuel de Aperregui, su fecha en 16. de Febrero de 705. participandole como su Magestad avia sido engañado enormissimamente en el indulto, y avia resuelto se asseguraste la carga, y almacenasse, dando auiso de las partidas, de que se componia, y de lo que importaban los derechos, lo qual executò, cerrando las escotillas, poniendo Guardas, y conduciendo todos los generos à los Almacenes de Bonança, donde acudieron los dueños à quien pertenecian muchas de las mercaderias, y pagaron los derechos que importaban, y se les entregaron con guias que para ello daba.

3. Por no aver ocurrido todos, proveyò auto en 17 de Mayo del mismo año, por el qual mandò se reconociesse lo que avia quedado en los Almacenes, y se remitiesse à los desta Ciudad à disposicion del señor D. Juan de Sotomayor y Samartin, Fiscal que entonces era desta Real Casa, y oy del Consejo de su Magestad en el de Hazienda, à quien se avia cometido la conclusion deste negocio,

gocio,y entre los efectos,que se hallaron, fueron los dos tercios de grana,y el caxon.

4. Don Juan Eusebio en 20.de Julio del referido año puso demanda à el dicho Capitan,para que le entregasse vno de los tercios de grana con el motivo de dezir que le faltava,el qual pretende ser absuelto, y dado por libre. Los fundamentos se cõtendràn en este papel, omitiendo otros articulos, que en el pleyto han incidido, que miran solo à el modo de proceder, y no conducen à lo principal,que es lo que se intenta fundar, y à que và ceñido el Hecho.

5 AVnque en materia tan clara, como la que del Hecho resulta, parece inutil, y superflua qualquiera comprobacion, segun enseña Caton *de præcept.vit.comm.lib.*1.

Non opus est verbis,cum res se detegit ipsam.

Por ser como repugnantes à la evidencia de la verdad las palabras,que se buscan en su abono, Seneca *in œdip.*

Quid verba quæris? veritas odit moras.

De q̃ dà la razon elegantemente el Magno Gregor. *Epist.* 208.*ad Siagr. Nam veritati*(inquit)*fit iniuria, si verborũ adminiculis indigere credatur*. De donde dimanò aquel comun principio de Derecho,*per se notum probatione non indiget,gloss.in Clement.Appellanti de appellat.*

6. No obstante cõsiderando el esfuerço,y viueza, con q̃ se solicita por la otra parte su pretension, efectos de lo dificultoso que la reconoce,como notò Gotifred. *in loc. comm.*ex Senec.*lib.*6.ibi:*In iudicio hæ nocẽt causæ nimis curiosa,& anxia defensio,&c.*A precisado à hazer este informe,para exaltacion de la justicia,è ilustracion de la verdad,que comprobada mas resplandece, *cap.graui* 35.*q.*9. *iuncto cap.inter dilectos de fide instrum.*y lo advirtiò Seneca *de ira,lib.*2.*Magis enim veritas eluscecit, quo sæpius ad manus venit.*

7. Para poder aplicar las reglas de derecho, que persuaden lo justo de la pretension del Capitan Diego Sanchez,es neceessario averiguar el contrato que resulta

ta

ta del conocimiẽto,y parece que es deposito,pues como lo definiò Vlpiano *in leg.* 1. *ff depos. Est quod custodiendum alicui datum est*;concuerda la *ley* 1. *tit.* 3. *part.* 5. y assi hablando de la significacion de la palabra *deponere*, dizen los DD. que es lo mismo, que *custodiẽdum dare*, D. Greg. Lop. *in princip. dict. leg.* Hermos. *in ead. leg. gloss.* 2. *num* 1. y siendo assi que en el dueño, ò Maestre se ponen para este fin las mercaderias, *leg.* 1. §. 1. *ff. naut. caup. & stabul.* ibi: *Quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, & res custodiæ eorum commitere*;se sigue con evidencia celebrarse en dicho conocimiento contrato de deposito. La ilacion es clara,y se colige de lo que juntò el P. Molina *de iust. & iur. tract.* 2. *disp.* 522. *num.* 1. Gomez *var. tom.* 2. *cap.* 7. *num.* 2. Hermos. *in dict. leg.* 1. *gloss.* 1. *num.* 3.

8. Aunque es cierta la proposicion, que queda assentada,no parece aplicable à los terminos del pleyto; pues para que fuera deposito,era menester que graciosamente huviera traydo las mercaderias el Capitan Diego Sanchez, que esto le constituye verdadero,y rigoroso,y assi lo definen comunmente los DD. Cuiac. *in tit. de deposit.* Carroc. & alij, *cum quibus transit* Amador Rodrig. *de privileg. credit.* 1. *p. art.* 6. *num.* 2. Hermos. *in leg.* 1. *tit.* 3. *part.* 5. *gloss.* 1. *num.* 1. *Conventio gratis custodiendæ rei, quæ traditur, sub fide restituendi*;conque dandose la cantidad, que el conocimiento previene,por traerlas,le falta lo essencial para deposito.

9. Por esta circunstancia dizen muchos Autores, que se convierte el contrato en locacion, y conduccion; pruebase *ex leg.* 3. §. 1. *ff. naut. caup. &c.* donde el Jurisconsul. llama deposito à esta convencion, sino interviene precio, ibi: *Sed si gratis res susceptæ sint, ait Pomponius depositi agì potuisse*;pero si interviene, passa à locacion, y conduccion, ibi: *Si quidem merces interveniret, ex locatò, vel conducto*; lo mismo se prueba *ex leg.* 1. §. *si vestimenta* 8. *&* §. *si quis* 9. *ff. deposit.* §. *item is cui Instit quib. mod. re contrah. oblig.* §. 1. *Inst. de locat.* §. *fin. Instit. mandat. leg.* 2 *tit.* 3. *part.* 5. & vbi D. Greg. Lop. *gloss.* 1. Hermos. *ead. gloss. n.* 1.

P. Molin. *de iust. & iur. tract.* 2. *disp.* 523. *num.* 1. Rodrig. *dict. art.* 6. *à num.* 22. *qui num.* 25. *de nauta loquitur.* D. Salg. *in labyr.* 3. *p. cap.* 11. *num.* 19. De que se sigue que no parece deposito, sino locacion.

10. Bien puede satisfacerse à este reparo con la inteligencia comun de que sin embargo que intervenga precio, queda en terminos de deposito, sin que passe à locacion, sino es en quanto à la culpa: pues estando regularmente el Depositario obligado de lata, ò dolo, *dict. leg.* 1. § 8. & 9. *ff. deposit. leg.* 5. § *nunc videndum* 2. *ff. commod. leg.* 3. *tit.* 3. *part.* 5. si recibe algo por el deposito, *tenetur de leui, vt in dd. leg.* y como esta sea la misma que viene en la locacion, y conduccion, *dict. leg.* 5. § *nunc videndum D. commod.* P. Molin. *de iust. & iur. tract.* 2. *disp.* 494. por esto se equiparan, D. Ant. Pichar. *in* § *præterea instit. quib. mod. re contrah. oblig. num.* 32. Rodrig. *de ann. reddit. lib.* 3. *quæst.* 11. *num.* 39.

11. Y assi confiessan estos AA. que permanece el contrato en terminos de deposito en quanto à la substancia, aunque irregular. Carroc. *de locat.* 1. *p. tit. de culp. Depositar. num.* 19. Gutierr. *de tut. lib.* 3. *quæst.* 7. *num.* 12. Mantic. *de tacit. & ambig. lib.* 10. *tit.* 1. *num.* 6. Hermos. *in dict. leg.* 2. *tit.* 3. *part.* 5. *num.* 5. D. Salg. *in labyrint.* 3. *p. cap.* 11. *num.* 28. Rodrig. *vbi supr.* que concede à el Depositario los privilegios de deposito, para persuadir no se transfundiò vn contrato en otro, y principalmente assientan la proposicion, quando à el principio se pacta el precio, y de la voluntad de las partes se colige el que ponen *causa custodiæ* las mercaderias, como aqui.

12. *Sea* deposito irregular, como quieren los AA. del numero antecedente, ò locacion, como expressan los del num. 9. por reglas de vno, y otro contrato se discurrirà, pues para el punto lo mismo se halla en vno, que en otro por el medio que intentamos fundar, que es solo averiguar, quien conserva el dominio de los efectos del conocimiento, pues por lo que mira à la culpa, se procurarà excluir de el todo en el Capitan Diego

San-

Sanchez , sin que nos obste la diversidad de opiniones.

13. Entre las principales circunstancias del deposito, vna dellas es, no transferir dominio, ni possession verdadera en el Depositario, conservandolo todo el dueño, *leg. licet* 17. §. 1. *ff. deposit. cum similibus.* Anton. Gom. *var. tom. 2. cap. 7. num. 2. & ibi Aill. qui plures refert,* D. Salg. *dict. cap.* 11. *num.* 17. y lo mismo sucede en la locacion, *leg. non solet* 31. *ff. locat. leg. cum manu sata* 80. § *final. ff. de contrah. empt.* D. Anton. Pichar. *in princip. titul. instit. de locat. & conduct. num.* 12. Y aunque limitan esta doctrina en aquellas cosas que consisten en numero, peso, y medida, esto no se entiende, quando por voluntad de las partes se previene que se aya de bolver lo mismo que se entregò, Hermos. *in dict. leg. 2. gloss. 3. à num.* 7. D. Salg. *vbi supr. à num.* 23.

14. Y en prueba desta doctrina, es digna de ponderacion la ley *in nauem Saufeij* 31. *ff. locat.* que por ser tan del caso su resolucion, exhibimos sus palabras: *In nauem Saufeij cum complures frumentum confunderant, Saufeius vni ex his frumentum reddiderat de communi, & nauis perierat. Quæsitum est, an cæteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris aversi actione? Respondit, rerum locatarũ duo genera esse, vt aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusullatum fabro daretur, vt vasa fierent, aut aurum, vt annuli, ex superiori causa rem domini manere, ex posteriori in creditum iri.*

15. De que se infiere, que previniendose en el conocimiento, que Diego Sanchez avia de entregar los mismos efectos que recibiò, siendo estilo el executarse assi en semejantes casos, sin permitirse à el dueño, ò Maestre el vso de las mercaderias, aunque consistan in pondere numero, & mensura, no se le transfiriò el dominio dellas por ser fuera de la intencion de las partes, *argument. leg. nos omnis* 19. *ff. si certũ petatur, leg. in agris, ff. de adquirend. rer. domin.* Velasc. *axiomat. iur. litt. A. n.* 134.

Ade-

16. Ademas, de que aviendose entregado los dos surrones, y el caxon cerrado, y marcado, de ningun modo es capaz de trásferirse dominio dellos en la persona à quien se entregaron, ni pudo vsar dellos, aunq̃ huviesse precedido peso, ò medida, *leg. 3. Cod. deposit. leg. si sacculũ, ff. eod. leg. si per te non stat, leg. acceptã Cod. de vsur. cũ alijs; leg. 5. tit. 15. lib. 3. For. ibi: Quien alguna cosa de otro recibiere en encomienda, essa mesma cosa sea tenudo de entregar à aquel de quien la recibiò, è no sea osado de la vsar en ninguna manera, sino como fuere encomẽdado*; y mas abaxo: *E si los dineros, ò el oro, ò la plata recibio so cerradura, è no por quenta, ni por peso no sea osado de lo vsar.* Montalv. *in dict. leg. litt. A. cum plurib.* Hermos. *dict. gloss.* 3. *&* 4. *num.* 13. *&* 16.

17. Que entregò el Capitan Diego Sanchez los dos tercios, y el caxon no se puede dudar, quando consta que en el reconocimiento que se hizo por el señor D. Pablo Rubio en los Almacenes de Sanlucar se hallaron, y por el testimonio que està en los autos, que assi estos, como la demas carga se recibiò enjuta, y bien acondicionada, en cuyos terminos la duda que se ofrece, es, si cumpliò, ò no.

18. Y que aya cumplido parece claro, pues aunque su obligacion fue de entregar á D. Juan Eusebio, aviendo sobrevenido el accidente del orden de su Magestad, en que mandò assegurar la carga, se hizo imposible, ò à lo menos dificultosa la entrega en la conformidad que se pactò, y dello no se le puede imputar culpa, *leg.* 10. §. 1. *cum suis versic. ff. ad leg. Rhod. de iact. cum similib.* Gratian *tom. 2. discept. cap.* 243. *à n.* 50. Carlev. *de iudic. tit.* 3. *disp.* 3. *num.* 13.

19. Principalmente, aviendo intervenido autoridad de Juez, con cuyo mandato se hizo el desembarque, y asseguacion, privandole de poder entregar la carga, *leg. non videntur* 167. §. 1. *ff. de reg. iur.* ibi: *Qui iussu Iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet leg. 7. §. 4. ff. de iurisdict. omn. Iudic. leg. 7. §. 2. in fin. ff. de*

ff.de minorib. Donde hablando el Jurisconsulto del Juez, que manda pagar à el menor sin autoridad del Curador, resuelve, que està seguro el deudor, ibi: *Putò autem, si allegans minorem esse, compulsus sit ad solutionem nihil ei imputandum.* Y en terminos de deposito Gutierr. *pract. lib.1.quæst.*113.*num.* 9. y con muchos Hermos. *in leg.*3. *tit.*3.*part.*5.*gloss.*1.*num.*4.

20. Y en mas proprios terminos la decissiõ de la Rota Genuense *de mercatur* 153.*n.*4. q̃ habla de vno q̃ convenido en juyzio sobre q̃ consignasse ciertas mercaderias, en poder de vn tercero, en virtud de vn ordẽ q̃ se le avia dado, de que constò, aunque oponia el mandatario la excepcion; de que se le avia de entregar vna porcion de reales, pertenecientes à el mandante, que dezia se contenia en el orden, sin embargo se le mandò hiziera la consignacion, y vno de los motivos desta decission, fue no constar en el madato de la excepcion, y aunque constara el que no tenia riesgo alguno, por hazer la entrega cõ mandato del Juez. Assi lo expressa en el numero citado, ibi: *Et adductis pro parte rei respondebatur, quod primum non obstaret, quia in facto nõ constabat qualitas in ordine allegata, & vlterius, quia quando adfuisset, nec mandatario aliquid potuisset imputari, vbi non voluntarie, sed coactus à Iudice rite, & recte procedente mandatum excessisset.*

21. Pruebase mas con este discurso si D. Juan Eusebio le huviera mandado à el Capitan Diego Sanchez, que pusiesse las mercaderias en el Almacen, no se podia dudar, que avia cumplido con lo que era de su obligacion, aunque esta fuera de entregarselas, *leg. si soluturus* 39. *ff. de solution.* ibi: *Si soluturus tibi pecuniam iussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, depòsuerim, tui periculi eam fore; Mela libro* 10: *scribit.* Lo mismo dize la *ley* 79.*eod.tit.* ibi: *Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, vt & tu statim libereris*; y dà la razon en la final de texto, porque *quodammodo manu longa tradita existimanda est.*

C Por

22. Por mandado del señor D. Pablo Rubio, Juez à quien su Magestad cometiò el orden de assegurar la carga, se pusieron en los Almacenes de Sanlucar los dos tercios, y el caxon con los demas, que el Navio traia, que es lo mismo, que si D. Juan huviera dado el orden, porque *factum Iudicis reputatur factum partis*, *leg. si ob causam, Cod. de de evictionib leg. 1. Cod. si in caus. iudicar.* Costa *de fact. scient. & ignorant. in spection. 40.* Velasc. *axiomat. iur. litt. F. num. 52.* Luego cumpliò el Capitan Diego Sanchez con lo que fue de su obligacion.

23. Aun se esfuerça mas: el no aver hecho la entrega en la conformidad, que el conocimiento previno à D. Juan Eusebio, prueba que se hizo, y no excediò el orden; *parece paradoxa la proposicion*, y no es sino clara. El motivo que huvo para no cumplir fue el impedimento del Principe, y quien por esta causa no observa el mãdato, en la censura de derecho se finge que lo cumple, y no puede por ello ser convenido, por no aver defecto alguno que imputarle en terminos de orden que se excede, y ley que no se observa; es doctrina original de Jasson *in leg. si quis, n. 7. ff. de iurisdict. omn. Iudic.* Bolsio *in pract. crimin. tit. de carcer. fideius. num. 47.* D. Salgad. *de reg. protect. part. 1. cap. 7. à num. 65. & part. 2. cap 13. à num. 257.* & de *suplication. ad Sanctim. 1. part. cap. 3. num. 27. & 2. part. cap. 20. a num. 27.* que comprueba con varias doctrinas, que el *impedimento que* proviene por hecho del Principe, ò de Juez, excusa demora, caducidad, contumacia, y otro qualquiera perjuyzio,

24. Corroborase mas estar libre de culpa el Capitan Diego Sanchez, discurriendo por cada vna de las que el derecho conoce que son lata, leve, y leuissima; pues si segun sus definiciones la culpa lata, es aquella que con sciencia, y de industria se comete en deterioracion de la alhaja, la qual comunmẽte se equipara à el dolo; leve, quando se haze, ò se omite lo que los diligentes no hizieran, ni omitieran; y leuissima, quãdo se haze, ò se omite lo que los diligentissimos, ni hizieran, ni omitieran,

como

como explica doctamente el P. Molina *de iustit. & iur. tract. 2. disp.* 293. Hermos. *in dict. leg. 3. gloss. 7. & 9.* Ninguna destas se le puede imputar, por aver hecho todo lo que estuvo de su parte en la custodia, y conservacion de los efectos, adelantandose à tanto, que para conducir de los Navios la carga à los Almacenes de Sanlucar, puso Guardas à trechos; como en el informe del señor D. Pablo se expressa.

25. Prueba desto sea el que para convenir à vno por razon de culpa, es necessario se expresse, cierta, y determinada, *leg. Prætor aìt in princ. ff. de iniur. cap. vt circa de elect. in sexto*, y que se pruebe especificamente, por ser especie de delito, que no se presume, principalmente en aquellos hechos, que no la traen cõsigo, y aun es menester mas, que la culpa se dirija à el hecho que sucediò, y no sucediera, à no aver intervenido. Hablando en terminos de dependencias maritimas, y de todo genero de culpa, que puede sobrevenir en la perdida de mercaderias, lo resuelven Straca *de nauib. & navig. 4. part. à num.* 1. Menoch. *de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 3. nũm.* 137. & 138. Ninguna culpa se opone à el Capitan Diego Sanchez, ni se le ha probado, porque no la huvo en sugetarse à el orden de su Magestad, que mandò assegurar la carga, y ponerla en los Almacenes, ni este hecho ocasionò la perdida, conque parece està libre della.

26. De aqui resulta que no ay culpa en el Capitan Diego Sanchez, y si alguna se puede considerar, es en D. Juan Eusebio, que debio acudir como los mas de los interesados hizieron à pagar los derechos, y recoger sus mercaderias, y el no averlo hecho, lo constituye en mora, y le perjudica, para no poder pedir oy el tercio, q̃ dize le falta. Prueba es la misma ley citada *si soluturus* 39. en donde prosiguiendo el Jurisconsulto la especie, dize: *Quod verum est, cum eo tamen, vt illud maximè expectetur an per te steterit, quo minus in continenti probaretur, nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere, tu ex aliqua causa accipere nolles.*

Sigue.

27. Siguese, que si incōtinenti que se hizo el entrego en los Almacenes, Don Juan Eusebio huviera acudido à recoger los efectos, sin duda los consiguiera, como los demas interesados, y por aver estado de su parte hazerlo, y no averlo executado, se presumen entregados por el Capitan Diego Sanchez, y rehusada por D. Juan la entrega; para imputarle la perdida.

28. Y à la verdad no pudiera ser menos, pues quien pudiēdo no vsa de aquellos remedios faciles, y prevenidos en derecho para la recuperaciō de sus alhajas, es bien sienta el detrimento, por lo negligente que andubo, *ex cap. licet Episcopus de præbend. in sexto*; probat Mascard. *de probat. conclus.* 1093. *num.* 5. D. Salg. *in labyr.* 3. *part. cap.* 11. *num.* 37. cuyas palabras por elegantes ponemos á la letra: *Nam quando quis aliquid consequi potest iuris remedijs oportunis, si illis non vtatur, dicitur per eum stare, & eius negligentia, & culpa arguitur.*

29. Deste fundamento se vale el señor Salgado para decidir la question, q̄ en el mismo capitulo mueve, sobre si hallandose en poder del Administrador, ò Depositario dinero, huviere baxa de moneda, de quenta de quien aya de ser la perdida, si de los acreedores del concurso, ò del Administrador? y la resuelve contra los acreedores, y afirma en el numero citado, que procede sin disputa, quando los acreedores tenian libramientos, y podian facilmente conseguir la paga, requiriendo à el Administrador, y por negligencia no lo hizieron; circunstancias todas aplicables á el hecho deste pleyto, y aun en los proprios terminos dèl, por regular à el Administrador como Depositario, que es, como se debe considerar à el Capitan Diego Sanchez, segun queda fundado.

30. Con las reglas propuestas se haze claro el reconocer, que la perdida que se supone à avido del surron, es de quenta de D. Juan Eusebio, en consideraciō de que si la huvo, fue despues de hecho el entrego, y en el transporte de los generos desde los Almacenes de Sanlucar à los desta Ciudad.

Lo

31. Lo primero, porque lo mas que se puede considerar, es vn caso fortuito para con el dicho Capitan por ser este el que *præter spem, & absque culpa evenit.* P. Molin. *vbi supr. num.* 9. y à este no està obligado, *leg.* 2. §. *si eo tempore, Cod. de administ. tutor. leg. ex cōtractu,* §. *vis maior. ff. locat. cum vulgarib.* y en terminos de dueño de Navio, *leg.* 3. §. 1. *in fin. ff. naut. caup. &c. leg.* 4. *tit.* 3. *part.* 5. *& ibi* D. Gregor. Lop. Hermos. *in gloss.* 1. *&* 2. *à num.* 1. sino es en los casos que la misma ley previene, que son quando se obliga expressamente à èl, quando se constituye en mora, quando interviene culpa, ò engaño, por donde acaeciò la perdida, ò quando el deposito se haze por sola vtidad del que le recibe, que ninguna destas limitaciones se hal la en el conocimiento, antes lo contrario, por venir corriendo el riesgo D. Juan Eusebio.

32. Lo segundo, por conservar este el dominio de las mercaderias, no en virtud de la consignacion, que no es bastante à transferirlo. Decis. Genuens. 153. *num.* 5. Hebia Bolaños, *in Cur. Philip. lib.* 3. *cap*: 8. *num.* 14. sino por la declaracion, que se haze de que le pertenecen, y son suyas; y es conforme à derecho, el que la halaja peresca à su dueño, *leg. quæ fortuitis, leg. pignus* 9 *cod. de pignorat. act. leg. necessario ff. de pericul, & commod. rei vend.* D. Valenz. *Consil.* 11. *num.* 1. D. Salgad. *dict. cap.* 11. *part.* 3. *à num.* 15. D. Olea, *de cesion. iur. tit.* 5. *quæst.* 14. *num.* 29.

33. Lo tercero, por deberse considerar, que diò motivo à la perdida, ò el orden que su Magestad expidiò, ò el Juez, por cuya mano se executò, y en ninguno de estos casos puede ser la perdida, à cargo de el Capitan Diego Sanchez, sino de el dueño del tercio. De lo primero es prueba el texto *in leg. Lucius Titius*, 11. *ff. de eviction.* Especie no fingida, ni imaginada, como otras de el derecho comun, sino que sucediò, y de hecho se consultò à el Jurisconsulto Paulo: Es assi. Lucio Ticio comprò ciertos Predios en Alemania, de la otra parte de el Rhin, que era termino que dividia la superior de la

inferior, y aviendo pagado parte de el precio, y entregadole los Predios, los Herederos de el Vendedor le pedian el residuo, excusabase Lucio Ticio, por aver el Emperador Alexandro, que entonces florecia, vendido parte de ellos, y parte asignado à los Soldados en premio de sus servicios, por estar en frontera, y assi amenazando la eviccion *in limine contractus*, pretendia se le libertasse de la paga conforme à el texto *in leg.* 24. *Cod. de eviction.*

34. Sin embargo decide el Jurisconsulto, que respecto de aver sobrevenido este accidente, despues de perfecta la venta, y hecha la entrega, medio por donde se transfiere el dominio, *leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* §. *per traditionem* 40. *Institut. de rer. div.* La perdida à que diò motivo el Principe, y lo que se executò de su orden, debe ser de quenta de el Cõprador, y no de el Vendedor, que ya no tenia en ellos derecho alguno. Assi lo entiende, y explica D. Amaya, *in leg.* 1. *Cod. de fund. Limitroph. lib.* 11. que inserta en el titulo *C. de annon. & tribut. lib.* 10. *fol. mihi* 151. *à num.* 14. *& in lib.* 1. *observat. cap* 1. *num.* 58.

35. De lo segundo, es tambien prueba el texto *in leg.* 12. *cum duabus seqq. ff. de peric. & comm. rei vendit.* y con mayor expression. La especie de estos textos es la siguiente. Tenia Mevio vnas camas para vender en la plaza publica, y las vendiò; el Juez à cuyo cargo era, el que las plazas, y calles estuviessen libres, y desembarazadas, para no impedir el Comercio, viendo que alli estorvaban, las quebrò. Pregunta el Jurisconsulto, quien à de sentir la perdida, y resuelve con distincion, si los lechos estavan entregados à el Comprador, ò quedò por èl, el que no se le entregaran, debe ser de su quenta; pero si ni se le entregaron (prosigue en la ley 14. la misma especie, y el segundo miembro de la distincion) ni se constituyò en mora, el peligro es de el Vendedor, son las palabras: *Lectos emptos Ædilis, cum in via publica positi essent, concidit, si traditi essent emptori, aut per eum stetisset,*

quo

quominus traderentur, emptoris periculum esse placet. Quod si (sigue la ley 14.) *neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit.* Luego en vno, y otro caso, en que sobreviene el daño, ò por orden de el Principe, ò por el Juez, que legitimamente procede, es de quenta de el dueño; y assi se convence, que la falta la debe sentir D. Juan Eusebio.

36. Passa à la ley 13. el I. C. Juliano, à proponer otra especie concerniente à la primera parte de la distincion, y pregunta, que serà, si el Edil quebrò los lechos sin que estorvassen por sola su voluntad, y fiado en la authoridad de el puesto que ocupaba? Y respõde, que tendrà accion el Comprador dueño ya de ellos, para convenir à el Juez con la que resulta de la ley Aquilia, ò para precisar à el Vendedor, sino estaban entregados, à que se la ceda. Assi entiende estos textos el señor Don Alonso de Olea, *de cession. iur. & action. tit. 5. quæst.* 14. *num.* 29. y à la verdad con menos luz que la suya, fuera dificultoso comprehender las especies, por juzgar muchos, que la ley 12. y 13. contienen vna misma; siendo assi, que son distintas, como queda assentado.

37. La razon de decidir, q̃ pone el señor Olea, dà mas realce a el discurso. Hazese cargo de como siẽdo culpable en la especie de la ley 12. q̃ el Vendedor tuviesse los lechos en parte que estorvaban, pues supone el Jurisconsulto, que con razon los mandò romper el Juez, y que no se mudaron de el sitio, ha de sentir la perdida el Comprador? Resuelve con agudeza, que porque la tradicion se hizo por modo ficto, dexandolos en el sitio donde antes estaban, y como pudo recogerlos, y no lo executò, la culpa, y mora, que en esto tuvo, como posterior prevaleciò à la que se consideraba en el Vendedor, y respecto de que con textos, y Autores lo prueba, refiriendo sus palabras, escusa el citarlos, Ibi: *Cuius decissionis ea potest reddi ratio, quia quamvis culpam contraxerit venditor, eam etiã emptor admissit, quia potuit, & debuit lectos emptos asportare, leg. si is qui 9. ff. de actionib. ẽpt. leg. 1. §. licet ff.*

ff. de peric. & commod. Ibi: Aut tollat vinum, aut sciat futurum vt vinum effunderetur, & in concursu vnius, & alteris culpæ, posterior prævalet, & attenditur, culpaque præcedens venditoris purgatur per subsequentem emptoris moram, vt vtrumque probat elegans, & ad rem singularis textus in leg. illud sciendum est 17. ff. de peric. & comm. Ibi: Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere cœpit, iam non culpam, sed dolum malum præstandum à venditore leg. si per emptorem 51. ff. de action. empt. Costa de ration. quæst. 223. num. 7.

38. De donde se infiere, que siendo dueño de el tercio D. Juan Eusebio, como queda dicho, ò ya se originasse la perdida por el orden de su Mageſtad, ò por el modo de executarlo el señor D. Pablo, aya culpa en dicho señor (que nunca la confessaremos en tan gran Ministro) ò no la aya, que es lo cierto, el peligro debe ser de su quenta, y solo quando mas tendrà accion contra dicho señor, ò podrà precisar à el Capitan Diego Sanchez, à que se la ceda, si discurre huvo omission en el transporte de los efectos à los Almacenes de esta Ciudad, y si atribuye culpa à el dicho Capitan en averlos puesto en los de Sanlucar, que no la ay, està quedo compurgada con la de D. Juan, en no aver acudido à Sanlucar, à sacar los tercios, y el caxon, y como posterior prevalece à la primera.

39. Y porque no se repare, si acaso los textos contienen disposicion especial, advierte el señor Olea en el lugar referido, que su determinacion es general, y adaptable à todos los casos, en que sobreviene peligro, hurto, ò daño, despues de la tradiciō de qualquiera cosa, y perfeccion del cōtracto. Son sus palabras tan elegantes q̄ se pueden juntar a las de las leyes citadas: *Hic, ni fallor, verus est sensus dictæ legis lectos 12. quas alibi ita explicatas non invenies, & vt credo, non sine vtilitate, tam in scholis, quam in foro versantium, quia decisio Pauli non solum procedit in specie, de qua loquitur, sed adaptatur ad alium quemlibet cassum, furtum, damnum, &c.*

Con

40. Con que sin violencia podremos dezir, que la negligencia que D. Juan tuvo en no recoger el tercio de grana, aviendolo podido hazer facilmente, es lo que mas persuade, que de su quenta, y no de la de Diego Sanchez ha de ser la falta, pues de el mismo modo se considera, que si entregados, y ya en su poder huviera acaecido, que son las palabras de que usa Paulo en la ley 12. Ibi: *Si traditi essent emptori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris periculum esse placet*, con quien concuerda la ley 14. §. 1. *ff. eod.*

41. Lo quarto se manifiesta; porque si se perdiò el tercio, no fue en el Navio de el Capitan Diego Sanchez, sino en el transporte desde los Almacenes de Sanlucar, à los de esta Ciudad, como de el hecho consta, y su obligacion solo comprehende los accidentes que en su Baxel pudieron sobrevenir por culpa suya, ò de la gente que en èl tenia, sin que se extienda à los q̃ suceden fuera. Es puntual el texto *in leg. final ff. naut. caup. &c.* ibi: *Debet exercitor omniũ nautarum suorũ, sive liberi, sive servi, factũ præstare, nec immerito factum eorum præstat, cum ipsè eos suo periculo adhibuerit. Sed non alias præstat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: cæterum, si extra navem, licèt à nautis, non præstabit.*

42. Notese à quanto se adelanta la decision desta ley, pues aun si los mismos Marineros pierden, deterioran, ò hurtan los efectos fuera de la Nave, no esta obligado el Capitan, ò Maestre; y siendo assi, que segun del pleyto consta, si huvo falta, fue desde Sanlucar à esta Ciudad, no por la gente de mar del Navio del Capitan Diego Sanchez, sino por los mozos del Barco, en que se conduxo lo que avia quedado de la carga, en que no intervino, con mayor razon no se le puede imputar la perdida del tercio, ni ser convenido por èl.

43. Es buen lugar el del P. Luis de Molina *de iust. & iur. tract. 2. disput. 751. num. 2.* donde hablando de la restitucion de la alhaja, si se pierde por mano del que se embia, pone diferentes conclusiones, y en el referido numero

mero, de la que conduce à nuestro intento, que es la primera, son las palabras: *Si quod est restituendum, aut debetur, est res determinata in individuo, neque intervenit iniusta illius acceptio, aut retentio; tunc si pereat, deteriorve sit reddita, aut culpa internuntij non perveniat ad creditorem, nulla interveniente culpa ex parte debitoris, ex qua iuxta tituli naturam, aut contractus, ex quo illud debebat, perit, deteriorve redditur creditori, & non debitori, eaque de causa debitor deobligatus omnino manet à restitutione, ita vt nihil loco illius, deteriorationisve restituere teneatur.*

44. Y mas abaxo dà la razon: *Ratio autem prioris partis est, quoniã res perit, deteriorve redditur, domino, aut ei, qui solũ ad illam in singulari habebat ius, quando non intervenit culpa aliqua eius, qui illam tenebat, quique solvere illũ tenebatur, & quando aliud non fuit deductum in pactum* Aqui no lo huvo, como del conocimiẽto consta, ni intervino culpa de dicho Capitan en el transporte, por averse hecho sin su intervencion; luego se infiere legitimamente, que debe sentir el detrimento, y daño que de alli resultò, D. Juan Eusebio como verdadero dueño de las mercaderias. Esta misma doctrina comprueba con varios exemplos el referido Autor en la disputa 297. donde trata del commodato. y en la 563. hablando con generalidad de toda especie de solucion.

45. Lo quinto se comprueba: porque de precisar à la paga à el Capitan Diego Sanchez se figuiera el gravissimo inconveniente, de que la culpa, ò descuydo de los Barqueros, que sin su intervencion conduxerõ los efectos à esta Ciudad, redundara en daño suyo contra la regla de derecho, que dispone *alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri, leg. non debet, ff. de reg. iur. cum vulgatis,* Velasc, *axiomat. iur. litt. A. num.* 231. Siguierase tambien, que del hecho de vnos sugetos, que ni eligiò, ni prepuso se le gravara contra otra regla, que determina, *quod facto alterius nemo debet prægravari capit. non debet de regul. iur. in* 6. Velasc. *ubi proximè, litt. F. num.* 41. Y finalmẽte, se figuiria que del delito, que otros cometieron sintiera

tiera la pena quien no tuvo culpa, que es tambien contra regla, y principio de derecho, Velasco *vbi supr. litt. P. à num.* 37. los quales inconvenientes cessan absolviendo le de la demanda.

46, Y vltimamente, en vn hecho dudoso, en que no se sabe como faltò el tercio de grana que se pide, querer inducir obligacion à pagarlo; es oponerse à lo que en derecho està dispuesto, que es absolver à el reo, *leg. Arrianus* 47. *ff. de obligat. & action* ibi: *Arrianus ait, multum interesse quæras vtrùm aliquis obligetur. un aliquis liberetur. Vbi de obligando quæritur, propensiores esse debere nos, si habeamus ocasionem ad nagandũ. Vbi de liberãdo, ex diverso, vt facilior sis ad liberationem.* Y assi tratando D. Juan Eusebio de inducir obligacion en el Capitan Diego Sanchez, y este libertarse della, por solo fundamento tan eficaz, en que consiste la paz de la Republica, y el vtil della, como con mnchos enseña el señor Salgado *in labyr.* 2. *part. cap.* 9. *num.* 115. debia conseguirlo, juntandose à este los demas que dexamos propuestos, y aunque por solidos se reconocen, poco aprecio se mereceràn en la censura comun, sino los aprueba la determinacion de tan gran Senado, de quien podemos justamente dezir lo que Plinio à el Emperador Trajano, *Epist.* 10. *Quæ sunt ab alijs instituta, sint licet Sapienter dicta. leuia tamen, & infirma sunt. nisi illis tua contingat authoritas.* Assi se espera Salva in omnibus, &c.

Lic. D. Pedro Roman Melendez.